

TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL

SOLEDAD ARROYO ALFONSO

Profesora de Derecho Penal

Universidad de Huelva

El presente trabajo se centra en el análisis de las reformas legislativas operadas en Derecho penal durante 2000, como muestra de un fenómeno reformador en la materia penal que supera las previsiones insinuadas en la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995.

Algunas de estas reformas se deben a la necesidad de dar cumplimiento a los compromisos internacionales suscritos por España; en estos casos se suelen redactar las normas penales de forma idéntica a lo establecido en la norma de referencia, olvidando a veces la necesaria coherencia interna y sistemática de la regulación de la materia, y dando lugar, en consecuencia, a reiteraciones y superposiciones innecesarias. Pero quizás el caso más llamativo es el que afecta al Derecho penal del menor, cuya reforma parece haber sido impulsada a golpes de alarma social y mediática: la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, establecía un periodo de vacatio de un año; antes de su entrada en vigor se ha visto modificada por la LO 7/2000, que en opinión de la doctrina hace peligrar las finalidades educativas y de prevención especial de la LO 5/2000, y por la LO 9/2000, cuya Disposición transitoria única deja en suspenso por un plazo de dos años la entrada en vigor del artículo 4. Por último, ni siquiera resulta extraño encontrar Disposiciones adicionales (v.gr. Disposición adicional primera de la LO 8/2000, de reforma de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) previsoras de futuras reformas.

Por razones de sistemática se estudiarán por separado las distintas reformas, si bien se analizarán conjuntamente aquellas que afecten a la misma materia.

1.1. I. Ley orgánica 2/2000, de 7 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de prohibición del desarrollo y empleo de armas químicas¹.

La presente Ley Orgánica modifica los artículos 566 y 567 del Código Penal, incluidos en la Sección 1ª (“De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos”) del Capítulo V (“De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos y de los delitos de terrorismo”), del Título XXII (“Delitos contra el orden público”).

El contenido del artículo 566 del Código Penal, relativo a la fabricación, comercialización o establecimiento de depósitos de armas o municiones no autorizados, pasa a ocupar su apartado 1. El

¹ Publicada el 10 de enero de 2000, BOE núm. 008.



nuevo apartado 2, añadido por esta reforma, castiga con las penas contempladas en el apartado 1.1º (de cinco a diez años a los promotores y organizadores, y de tres a cinco a los que hayan cooperado en su formación), *a los que desarrollen o empleen armas químicas o inicien preparativos militares para su empleo*.

Al apartado 1 del artículo 567 del Código Penal, que recoge diversas precisiones conceptuales (entre otras, las definiciones de depósito de armas de guerra, de armas de fuego y de municiones) se le añade un párrafo final del siguiente tenor: “El depósito de armas, en su vertiente de comercialización, comprende tanto la adquisición como la venta”. También se incorpora un párrafo final al apartado 2 del mismo artículo, con esta redacción: “Se entiende por desarrollo de armas químicas cualquier actividad consistente en la investigación o estudio de carácter científico o técnico encaminada a la creación de una nueva arma química o la modificación de una preexistente”.

En la Exposición de Motivos se afirma que la introducción de estas conductas delictivas supone el cumplimiento de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, París 13 de enero de 1993 (BOE 13 diciembre 1996), que podría quedar en entredicho por no tipificarse expresamente el desarrollo de armas químicas, su empleo y las iniciativas militares para su empleo. La EM tan sólo se detiene en la explicación del concepto de desarrollo entendiéndolo como “actividad que comprende la investigación o estudio de carácter científico o técnico encaminados a la creación de una nueva arma química o a la modificación de una preexistente”, que es precisamente la definición incorporada al artículo 567.2 CP. Sin embargo, cabe preguntarse si el “empleo” de esas armas se refiere a su uso militar o paramilitar, como arma de destrucción masiva -lo que implicaría cierta capacidad de organización y estrategia-, o basta con la utilización aislada por parte de un individuo con la finalidad de atentar contra la vida o integridad física de varias personas (empleo de un arma química para acabar con la vida de una familia cuando están todos reunidos en un lugar, por ejemplo). Se castigan, por tanto, actos previos a la fabricación, comercialización y depósito, para cubrir cualquier posible laguna legal.

En el artículo 567.1 CP se ofrece una definición auténtica del “establecimiento de depósito” que hace resultar reiterativa la relación de conductas prohibidas en el artículo 566.1, al definirlo como “la fabricación, la comercialización o la tenencia” (es como si en el artículo 566.1 pudiera leerse “los que fabriquen, comercialicen, o establezcan la fabricación, la comercialización o la tenencia”). Si la mera tenencia de las armas constituye ya un delito, no se entiende bien por qué castigar aparte –y con la misma pena– el “empleo” de armas químicas (pero no se castigan las mismas conductas referidas a las armas o municiones de guerra). Por último, se añade un inciso al art. 567.1 respecto de la definición de depósito, con el que según la EM se pretende impedir “la idea de una comercialización final, y deje claro que lo que se penaliza es la utilización de armas, piezas de las mismas, o sustancias químicas, para la formación de depósitos o para su empleo”. De nuevo aquí se produce una reiteración, porque si se castiga cualquier utilización (empleo) de armas de guerra o de armas químicas, no era necesario introducir también lo dispuesto en el apartado 2 del art. 566 CP.

1.2. II. Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales².

Con esta reforma se añade el Título XIX bis (“De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”) al Libro II del Código Penal, con el artículo 445 bis. Este precepto se incluye en cumplimiento del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de 17 de diciembre de 1997. El artículo 445 bis viene así a ser un complemento de las conductas delictivas de cohecho activo contempladas en el artículo 423 CP, al que remite la pena el nuevo precepto. En cualquier caso, es esencial que el funcionario al que se pretende corromper o del que se acepta la corrupción sea autoridad o funcionario público extranjero o de una organización internacional -siendo indiferente que la corrupción lo sea en su beneficio o en el de un tercero- y que de él se intente conseguir que actúe (o se abstenga de ello) “en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales”. Debe tenerse en cuenta que, aunque en el art. 445 bis CP se haga referencia al funcionario “en el ejercicio de su cargo”, no es necesario que los actos que realice deban corresponder al ámbito de su competencia, dado que en este aspecto la norma debe interpretarse conforme al Convenio de la OCDE que motivó su inclusión en el Código Penal, y que en su artículo 1.4 c) define lo que ha de entenderse por actuar o abstenerse de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales: “comprende cualquier uso de la posición del agente público tanto dentro como fuera de la competencia autorizada de ese agente”.

En el apartado 1 del art. 423 se castiga al particular que tomare la iniciativa corruptora con la misma pena que correspondiera al funcionario por su cohecho pasivo, mientras que en el segundo apartado se establece una atenuación en grado de la pena que correspondiera al funcionario, en aquellos casos en que el particular acepta la solicitud corrupta de aquél. Dado que la remisión de la pena se hace al art. 423 CP sin distinción de apartados, creo que nada impide aplicar esta atenuación en los supuestos de cohecho del art. 445 bis. Más discutibles se presentan la aplicación del tipo atenuado del art. 424 CP y de la excusa absolutoria contemplada en el art. 427 CP para el particular que acceda “ocasionalmente a la solicitud ... y denunciare el hecho a la autoridad ... antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos”³.

² Publicada el 12 de enero de 2000, BOE núm. 010.

³ Cerezo Domínguez, A.I.: “La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa”, en *AP*, XXI-2001, marg. 453-470, marg. 463, se inclina en todos estos casos por una respuesta negativa del legislador, incluso respecto del artículo 423.2 CP, “al haber incluido el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales en un título distinto al que comprende a los delitos de cohecho”. En el sentido del texto, respecto de la excusa absolutoria del art. 427 CP, Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 13ª ed., Valencia, 2001, p. 1039. Más difícil se presenta que el problema pudiera llegar a plantearse respecto de la atenuación contemplada en el art. 424 CP para determinados sujetos vinculados al reo en causa criminal, dado que el cohecho del art. 445 bis tiene la específica finalidad de evitar la corrupción de funcionarios en las transacciones comerciales internacionales.

Asimismo cabe plantearse si el art. 445 bis contemplaría también los supuestos de cohecho subsiguiente recogidos en el art. 425 CP, en los que el funcionario solicita o acepta la dádiva o regalo como recompensa por un acto ya realizado, de manera que si éste fuera un acto delictivo, se impondría, además de la pena correspondiente al delito cometido, la de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años. Dado que mediante la tipificación del cohecho subsiguiente se pretende evitar la impunidad por problemas de prueba en orden a determinar si se produjo efectivamente un pacto previo de carácter económico entre el funcionario y el particular (las dudas respecto de la existencia de dicho pacto impedirían la aplicación del art. 419 CP), y habida cuenta de que la punición del particular se vincula con la que correspondería al funcionario (en virtud de lo dispuesto en el art. 423 CP), los casos en que el particular recompensara al funcionario extranjero por la comisión de un hecho delictivo que facilitara la consecución de un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, sin que fuera posible probar el pacto previo, podrían castigarse con la pena señalada en el art. 425.

Por último, y según se deduce de los Comentarios al Convenio de la OCDE adoptados por la Conferencia negociadora el 21 de noviembre de 1997 en los que se indica que “los pequeños pagos de facilitación no constituyen pagos hechos para obtener o conservar contratos y otros beneficios irregulares y, en consecuencia, no constituyen delito”, junto a la tesis doctrinal según la cual no existe cobertura para legal para el castigo del particular en supuestos de cohecho pasivo impropio⁴ (el funcionario resulta castigado en virtud de lo dispuesto en el artículo 426 CP), y a la propia redacción del artículo 445bis, en el que se exige la finalidad de obtener por parte del particular un beneficio irregular, cabe concluir que es impune la conducta del particular que ofreciere dádiva o regalo a un funcionario público extranjero en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente.

1.3. III. *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*⁵. *Disposiciones adicionales primera y segunda de la LO 8/2000, de 22 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*⁶.

Por lo que se refiere a la LO 4/2000, respecto de la materia penal interesan las Disposiciones Finales Primera a Tercera.

La Disposición Final Primera modifica al alza el marco punitivo previsto en el apartado 1 del artículo 312 del Código Penal (que era de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses y pasa

⁴ Cfr. Morales Prats/Rodríguez Puerta, en Quintero (Dir.) y Morales Prats (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2.ª ed., Pamplona, 1999, p. 1.265.

⁵ Publicada el 12 de enero de 2000, BOE núm. 010.

⁶ Publicada el 23 de diciembre de 2000, BOE núm. 307.

a ser de dos a cinco años y multa de seis a doce meses) para los delitos de tráfico ilegal de mano de obra⁷.

La Disposición Final Segunda añade el Título XV bis (“Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”) al Libro II del Código Penal, que contiene el artículo 318 bis. En éste se castiga básicamente el tráfico ilegal de personas “desde, en tránsito o con destino a España”, con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. Esta penalidad se va incrementando en función de las diversas circunstancias concurrentes en el hecho contempladas en los párrafos siguientes: de dos a cuatro años y multa de seis a doce meses cuando concorra ánimo de lucro o se emplee violencia, intimidación, engaño, o abuso de una situación de necesidad de la víctima; las penas reseñadas en su mitad superior cuando la víctima sea menor de edad, o cuando se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas; a estas últimas penas citadas se añade la de inhabilitación absoluta de seis a doce años cuando los delitos hayan sido cometidos por autoridad, agente de ésta o funcionario prevaliéndose de tal condición; y por último, se llega a las penas superiores en grado a todas las previstas en el precepto, en los casos de pertenencia a una organización o asociación “incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades”. La introducción de este nuevo Título viene a cubrir un vacío legal⁸, dado que los preceptos del Título XV contemplan como sujeto pasivo al “trabajador”, dejando fuera de los tipos penales recogidos en los artículos 312 y 313 CP a los familiares del trabajador extranjero que le acompañan en el viaje y que no tienen la finalidad de buscar trabajo, como podría ser el caso de los niños y ancianos.

Por último, la Disposición Final Tercera supone modificaciones a los artículos 515, 517 y 518 del Código Penal. Por lo que se refiere artículo 515, se le añade un nuevo apartado 6 que incluye a las asociaciones que promuevan el tráfico ilegal de personas en el catálogo de asociaciones ilícitas contenidas en el precepto.

En lógica concordancia con la modificación anterior, en el art. 517 se incluyen también las asociaciones que promuevan el tráfico ilegal de personas, a efectos de distinguir la penalidad que corresponde en función de si se trata de un miembro activo (prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses), o el sujeto es fundador, director o presidente de la asociación ilícita (prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación ilegal para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años).

De igual forma que respecto del artículo 517, el legislador ha tenido que incluir las asociaciones que promueven el tráfico ilegal de personas en el artículo 518, para permitir el castigo de quienes cooperando de forma relevante (la cooperación puede ser de carácter económico o de otra clase), “favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones” ilícitas contempladas en el

⁷ Sequeros Sazatornil, F.: “El marco penal de la inmigración”, en *AP*, XXXIX-2000, marg. 843-863, ofrece una interpretación de las conductas delictivas recogidas en el art. 312 CP conforme a la regulación laboral y administrativa en la materia.

⁸ En este sentido, p. ej., Sequeros, ob. cit., marg. 853. El autor completa su estudio con un breve comentario de los tipos contemplados en el art. 318 bis, de su concurrencia con infracciones administrativas y de la posición del extranjero en el proceso penal.

artículo 515 (a excepción de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas), con la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.

En cuanto a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, objeto de interés en esta materia son las Disposiciones adicionales primera y segunda.

En la Disposición adicional primera se contempla la posibilidad de una futura reforma legislativa en materia penal, del siguiente tenor: “Los Ministerios de Justicia y del Interior adoptarán las medidas necesarias para que la Comisión Técnica, constituida en el seno del Ministerio de Justicia para el estudio de la reforma del sistema de penas del Código Penal, examine las modificaciones necesarias en relación con los delitos de tráfico ilegal de personas, en particular en los casos en los que intervengan organizaciones que, con ánimo de lucro, favorezcan dicho tráfico”.

En la Disposición adicional segunda se establece la modificación del artículo 89 del Código Penal, al que se añade un apartado 4, del siguiente tenor: “Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal”. La adición de este apartado implica que los extranjeros que hubieran cometido un delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 312 CP (tráfico ilegal de mano de obra), un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del artículo 318bis (tráfico ilegal de personas), quienes pertenezcan a una asociación ilícita del artículo 515.6º (asociaciones que promuevan el tráfico ilegal de personas), sean miembros activos o fundadores, directores o presidentes de las asociaciones ilícitas contempladas en los artículos 515 1º, 3º, 4º, 5º y 6º CP (artículo 517), o cooperen de forma relevante con las asociaciones ilícitas citadas del artículo 515 (art. 518), no podrán beneficiarse de la sustitución de pena establecida en el artículo 89 del CP (expulsión del territorio nacional por un plazo de tres a diez años), prevista para los extranjeros no residentes en España que hubieran cometido delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, ni tampoco de la suspensión prevista para aquellos que, habiendo cumplido las tres cuartas partes de la condena, hubieran sido condenados a penas privativas de libertad iguales o superiores a seis años. Llama la atención que se haga referencia a todas las asociaciones ilícitas del art. 515, dado que la reforma va referida fundamentalmente a los delitos contra los extranjeros y de tráfico ilegal de mano de obra, si bien tampoco sería coherente establecer esta excepción para quienes pertenezcan a las asociaciones ilícitas dedicadas a estos menesteres y no al resto de los contemplados en el citado artículo. No debe confundirse la expulsión como sustitución de la pena de prisión, con la contemplada en el art. 57.2 LO 4/2000 conforme a su redacción tras la LO 8/2000, que permite la expulsión tras el cumplimiento de la condena⁹. La doctrina ha acogido favorablemente la reforma del artículo 89 CP en ese aspecto¹⁰.

⁹ Ello se debe a la reforma operada por la LO 8/2000 en el artículo 57.2 de la LO 4/2000, que contempla como causa de expulsión la condena, dentro o fuera de España, por un delito doloso que conforme a nuestra legislación penal se castigue con pena privativa de libertad superior a un año, con la salvedad de que los antecedentes hubieran sido cancelados. Esta causa de expulsión ha sido valorada negativamente por la doctrina, vid., entre otros, Asúa Batarríta, A.: “Política criminal y política de extranjería. La expulsión como sustitutivo de la respuesta punitiva ordinaria”, en *AP*, XLII-2001;

1.4. IV. *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*¹¹. *Artículo segundo de la LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo*¹². *Disposición transitoria única de la LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*¹³.

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 19 del Código Penal, la presente Ley Orgánica establece una regulación especial respecto de la responsabilidad penal en que incurran los menores de edad, derogando (Disposición final 5ª, cláusula derogatoria) la Disposición Transitoria Duodécima del Código Penal; los artículos 8.2, 9.3, 20.1ª respecto del art. 8.2, el segundo párrafo del artículo 22 y el artículo 65, todos ellos del anterior Código Penal, que aún estaban vigentes conforme a la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica 23 de noviembre del Código Penal, y que establecían reglas para el tratamiento de la capacidad de culpabilidad de los menores de 18 años respecto de la comisión de los delitos contenidos en el Código Penal, excepto el segundo párrafo del artículo 22, que contenía una regla de responsabilidad civil.

Se trata, efectivamente, de una responsabilidad penal (si bien en la Exposición de Motivos se prefiere hablar de “responsabilidad jurídica ... aunque referida específicamente a la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas por el Código Penal y las restantes leyes penales especiales”) sometida a un régimen diferente del aplicable a los mayores de edad, y que pretende paliar la inmadurez de su capacidad de culpabilidad con medidas sancionadoras orientadas hacia finalidades educativas (la EM destaca la “naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad”; en opinión de García Pérez la resistencia de la Ley a admitir la naturaleza penal de las sanciones se debe a que “se ponen como realidades contrapuestas represión y prevención especial”, lo que en el fondo supone una “reminiscencia del viejo modelo tutelar”¹⁴). La propia denominación “medidas” transmite cierta ambigüedad y puede inducir a confusión, dado que no se trata de auténticas medidas de seguridad aplicables a inimputables, sino que es más bien el resultado de eludir la expresión

quien realiza un análisis muy amplio de la expulsión de extranjeros; Díez Ripollés, J.L.: “Inmigración y política”, en *El País*, 23 de marzo de 2001.

¹⁰ Díez Ripollés, ob. cit., considera muy acertada la imposibilidad “de eludir la pena, por el atajo de la expulsión, de aquellos que cometan delitos de tráfico de seres humanos”. Sobre distintos aspectos de la Ley de Extranjería vid. además: AA.VV.: “El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva L. O. 4/2000): *Manuales de Formación Continuada*, nº 5, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000; Campo Cabal, J.M.: *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, Madrid, 2001; Rodríguez Montañés, T.: “Ley de Extranjería y Derecho Penal”, en *LL* (diario), núm. 5261, 6 de marzo de 2001, pp. 1-5; Terradillos Basoco, J.: “Tráfico ilegal de inmigrantes”, en *Derecho Penal, Sociedad y Nuevas tecnologías*, ed. Colex, 2001, pp. 13-28.

¹¹ Publicada el 13 de enero de 2000, BOE núm. 011.

¹² Publicada el 23 de diciembre de 2000, BOE núm. 307.

¹³ Publicada el 23 de diciembre de 2000, BOE núm. 307.

¹⁴ García Pérez, O.: “La evolución del sistema del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, en *AP*, XXXII-2000, marg. 673-698, marg. 685.

“penas”; si bien Tamarit Sumalla¹⁵ considera más apropiado por originar menos problemas conceptuales la expresión “pena juvenil” empleada en Derecho comparado, más acorde con su naturaleza y que además tiene la ventaja de diferenciarse fácilmente de las medidas de seguridad que, por cierto, también se contemplan para los menores de 18 años inimputables conforme al Código Penal en el momento de los hechos. Serán por tanto medidas, cuando se fundamenten en la culpabilidad del menor (si bien esa culpabilidad presenta singularidades que la diferencian de la culpabilidad del mayor de edad; García Pérez considera que los sujetos menores de 18 y mayores de 14 son semiimputables¹⁶); y estaremos ante medidas de seguridad cuando se basen en la peligrosidad criminal del menor. A estos efectos, entre las medidas contempladas en el art. 7 LORPM se recogen el internamiento terapéutico (art. 7.1 d) y el tratamiento ambulatorio (art. 7.1 e). No obstante, y pese a que los criterios orientadores de esta norma, según se afirma en su EM son “los contenidos en la doctrina del Tribunal Constitucional, singularmente en los fundamentos jurídicos de las sentencias 36/1991, de 14 de febrero, y 60/1995, de 17 de marzo, sobre las garantías y el respeto a los derechos fundamentales que necesariamente han de imperar en el procedimiento seguido ante los Juzgados de Menores, ... encaminado a la adopción de unas medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas», lo cierto es que la doctrina¹⁷ pone en entredicho esta supuesta orientación a la prevención especial, que más bien parece de prevención general (e incluso con ciertos aspectos retribucionistas) en algunos supuestos -núcleo duro de la delincuencia juvenil- en los que la medida de internamiento en centro cerrado no sólo es una medida obligatoria, sino que además puede llegar a los 10 años. (Véase la disposición adicional cuarta introducida por la Ley 7/2000, que eleva la duración de las medidas de internamiento, pudiendo alcanzar diez años en el caso de menores de 16 y 17 años, y de cinco años para los de 14 y 15 años de edad). Como diferencia importante con el Derecho penal de adultos se destaca la quiebra del principio de proporcionalidad de la sanción penal con la gravedad del delito respecto de los límites mínimos de las sanciones a imponer, dado que los límites superiores sí se respetan. De este modo, resultará posible en la práctica que a un menor se le imponga una medida de mucha menor gravedad que la del hecho delictivo que motivó su imposición.

Debe señalarse que la adopción del criterio cronológico en la Ley (que desplaza al de madurez psicológica para el caso concreto), se apoya en razones de seguridad jurídica. Por el mismo motivo, también el límite mínimo de edad para la aplicación de la LORPM se fija en los catorce años porque, como se afirma en la Exposición de Motivos, “las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y ..., en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos

¹⁵ Tamarit Sumalla, J.M.; “El nuevo Derecho penal de menores: ¿creación de un sistema penal menor?, en *Revista Penal*, núm. 8, pp. 71-89, p. 78, nota 27.

¹⁶ Ob. cit., marg. 682 y ss.

¹⁷ Entre otros, Gómez Rivero, M.C.; “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *AP*, X-2001, marg. 163-187, marg. 170 y García Pérez, ob. cit., marg. 686 y s.

familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado”, por lo que el menor de 14 años que cometa un delito quedará sujeto a lo dispuesto en las normas del Código Civil sobre protección de menores, a lo dispuesto en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y a lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989). La Ley distingue a efectos de responsabilidad dos franjas de edad con distinta reacción penal: la primera, de responsabilidad menor, comprende las edades de 14 y 15 años; la segunda, las de 16 y 17 años, aplicando unas sanciones más contundentes en atención a la mayor madurez psico-social presumible en esa etapa de la adolescencia.

Mientras el límite inferior de 14 años es inflexible; no lo es el superior de 18, puesto que el ámbito de aplicación de la Ley puede extenderse a los “jóvenes” de edades comprendidas entre los 18 y 21 años que reúnan los requisitos de su artículo 4 (que hubiera cometido una falta o un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o integridad de las mismas, que no haya sido condenado en sentencia firme por delito o falta una vez cumplidos los 18 años, y por último, que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez lo aconsejen, especialmente cuando así lo recomiende el informe del equipo técnico correspondiente. El fundamento de la aplicación de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores en estos casos radica en que los jóvenes adultos presentan en gran medida las mismas características que los menores de 18, dado en parte a que en las sociedades industrializadas se da el fenómeno de la prolongación de la adolescencia, de tal forma que la madurez psicológica y social abarca un periodo vital muy amplio. En este sentido se manifiestan *García de Paz* y *García Pérez*, destacando la ampliación de los periodos de formación escolar obligatoria y profesional, con la consecuencia lógica de una más tardía emancipación económica¹⁸. No obstante, la *Disposición transitoria única de la LO 9/2000* suspende, por un plazo de dos años a partir de la fecha de entrada en vigor de la LORPM, su aplicación a los jóvenes de edades comprendidas entre 18 y 21 años. Sobre esta posibilidad ofrecida por la LORPM que ha quedado en suspenso, Cuello Contreras afirmaba¹⁹ que “se trata de un ensayo que, cuando se vea que es más eficaz y humano, sin duda se extenderá a otros sectores del Derecho penal.”

Por último, se establece que una vez el menor al que se aplicó conforme a la LORPM una medida de internamiento en régimen cerrado haya alcanzado la edad de 23 años, deberá ingresar en prisión. Esta excepción a la regla general de internamiento en centros especiales parece tener su razón de ser en la necesidad de evitar que convivan en un mismo centro menores y mayores de esa edad. Lógicamente esta regla ha sido criticada por la doctrina (contundentemente Gómez Rivero²⁰) dado que se trata de una incoherencia y un despropósito respecto de la finalidad que se pretende con la Ley: para empezar, si se considera diferente la culpabilidad del menor y del mayor de edad,

¹⁸ Sanchez García de Paz, I.S.: “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *AP*, XXXIII-2000, marg. 699-727, marg. 701 y ss.; García Pérez, ob. cit., marg. 683.

¹⁹ Cuello Contreras, J.: *El Derecho penal de menores*, Madrid, 2000, p. 71. Parece ser que esta prórroga de la entrada en vigor del art. 4 se fundamenta en los problemas de aplicación que previsiblemente produciría en aquellas Comunidades Autónomas que no hubieran tomado aún las medidas apropiadas (Vid. Tamarit, ob. Cit., p. 72).

²⁰ Ob. cit., marg. 183.

contemplando un tratamiento de orientación educativa cuando el delito es cometido por un menor de edad, no se sostiene que una vez cumplidos los 23 años, se suspenda ese tratamiento especial y el sujeto ingrese en prisión; en segundo lugar, porque si la medida de internamiento viene impuesta por un Juez de Menores, no debe ser ejecutada en una prisión; y por último, porque si el legislador ha tenido mucho cuidado en evitar hablar de pena, prefiriendo emplear la expresión “medida” para acentuar su carácter educador y no represivo pese a la confusión terminológica y conceptual a que podía dar lugar, resulta inexplicable que por el mero hecho cronológico de haber alcanzado el sujeto la edad de 23 años, la sanción pase a convertirse en una pena y se ejecute como tal, con todo su contenido aflictivo, prescindiendo de la inmadurez psico-social del sujeto que dio lugar en su momento a la aplicación de la LORPM.

En cuanto a los problemas de aplicación que pudieran presentarse, debe atenderse a la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, relativa a los criterios de aplicación de la LO 5/2000, De 12 de enero, por la que se regula la Responsabilidad Penal de los Menores. Conforme a esta circular son de destacar las siguientes cuestiones:

Cómputo de la edad: no ha de ser aplicable el criterio establecido en el art. 315 del Código Civil según el cual para el cómputo de la mayor edad “se incluirá completo el día del nacimiento”. El cómputo de la edad ha de efectuarse, de acuerdo con los principios que inspiran el Derecho Penal, de momento a momento, para lo cual, en aplicación de lo previsto en el art. 375 LECrim, cuando no bastare con el DNI, pasaporte o cualquier otro documento identificativo y subsistieren las dudas sobre la edad del sujeto se traerá al Expediente la certificación literal de nacimiento expresiva de la hora del alumbramiento. En todo caso, las dificultades interpretativas sólo podrán ser solventadas a favor del menor. Lo determinante para la aplicación de la ley es, según el art. 5.3, la edad del sujeto en el momento de comisión del ilícito penal.

Supuestos problemáticos: A) infracciones penales continuadas: habrá de atenderse a la edad del sujeto en el momento de comisión de cada una de las infracciones. Sólo habrá lugar a integrar en el delito continuado cuyo conocimiento se atribuya a la jurisdicción de menores aquellos hechos cometidos por el sujeto entre los 14 y 18 años (o hasta los 21 si se aplicara el art. 4). Los hechos cometidos por el sujeto habiendo rebasado dichas edades no podrán, por ese solo motivo, integrarse en el delito continuado y de ellos se conocerá en el procedimiento que corresponda. Cuestión distinta es que en atención al seguimiento de un procedimiento penal por hechos cometidos durante la mayoría de edad conexos a otros hechos cometidos durante la minoría de edad, el Fiscal de Menores decida desistir (art. 18) de la persecución de estos últimos. B) el delito permanente no podrá ser enjuiciado por la jurisdicción de menores cuando el sujeto activo hubiera rebasado la edad máxima antes de eliminarse la situación ilícita. La regla interpretativa del art. 132.1, párrafo 2 del CP, aun dictada para fijar el inicio del cómputo de la prescripción, es perfectamente aplicable en estos supuestos. En todo caso, el enjuiciamiento del delito permanente por la jurisdicción ordinaria no podrá tener en consideración, exclusivamente a efectos de agravación de la responsabilidad, las conductas cometidas en momentos anteriores a la adquisición de la mayoría de edad. Un ejemplo puede resultar muy ilustrativo: la detención ilegal de 30 días de duración en la que el sujeto activo cumpliera 18 años en el vigésimo día será enteramente conocida por la jurisdicción ordinaria en el

correspondiente procedimiento abreviado pero no se podrá aplicar el subtipo agravado del art. 163.3 CP. C) Casos en los que entre la acción y el resultado el sujeto rebase la edad: el criterio habrá de ser el de atender al momento de la acción u omisión y no al del resultado. Esta solución se apoya en lo dispuesto en el art. 7 CP, en la interpretación literal de la expresión “comisión de los hechos” que emplea el art. 5 de la Ley, y finalmente, en que es la solución más favorable al menor. D) Por último, si la iniciarse el procedimiento o durante la tramitación del mismo hubiesen sido rebasadas las edades que se establecen en la Ley, las reglas de competencia no se verán por ello alteradas. Completa este régimen el art. 15 respecto de los condenados que alcanzaren la edad de 23 años.

Jóvenes (entre 18 y 21): ante la comisión de una infracción penal por un joven se habrá de incoar el correspondiente procedimiento penal (juicio de faltas, diligencias previas, sumario, o procedimiento de jurado). En dicho procedimiento sólo se abrirá el incidente para la posible aplicación de la LO 5/2000 cuando alguna de las partes lo inste o el Juez decida abrirlo de oficio. Es de señalar que no necesariamente habrá de suscitarse el incidente de la aplicación de la LORPM, ya sea por resultar ab initio la falta de concurrencia de las circunstancias que permitirían esta posibilidad (las del art. 4 LORPM) o, fuera de dicho supuesto, porque ninguna parte haya solicitado dicha apertura.

Son requisitos ineludibles del art. 4 que abren paso a la posible valoración acerca de la aplicación de la LORPM a los jóvenes los siguientes: a) que el hecho cometido revista caracteres de falta o de delito menos grave, siempre que en este último caso no se hubiere cometido con violencia o intimidación de las personas, o con grave peligro para la vida e integridad física. Ambas condiciones son predicables de los delitos, no así de las faltas. No obstante, la concurrencia en una falta de violencia o intimidación será un elemento esencial en valoración que habrá de efectuar el Fiscal al emitir su informe. De otra parte, ambas condiciones no son cumulativas, basta la concurrencia de una sola de ellas: es posible que determinados delitos cometidos sin violencia o intimidación supongan grave peligro para la vida e integridad (así sucede, p.e., con algunas figuras delictivas contra la seguridad del tráfico). B) Inexistencia de condena en sentencia firme por falta o delito dolosos cometido una vez cumplidos los 18 años, salvo que el antecedente esté cancelado o debiera estarlo con arreglo al art. 136 CP. De no concurrir alguno de los dos requisitos la denegación será preceptiva. Cuando concurren ambos, será posible valorar la extensión del régimen de la LORPM a los jóvenes. La decisión, de carácter facultativo, se habrá de adoptar atendiendo a las circunstancias personales del imputado y a su grado de madurez. Conviene señalar que sólo estará justificado excepcionar a los jóvenes del régimen del procedimiento ordinario cuando su edad mental y madurez difieran notablemente de su edad cronológica, debiendo dicha circunstancia hallarse relacionada con la naturaleza de la infracción penal y las circunstancias que rodearon su comisión cuanto con conveniencia de procurar a dicho joven, en atención a sus personales circunstancias, la atención educativa que subyace y prima en el tratamiento penal de los menores establecido por la LORPM (Pero recuérdese la Disposición transitoria única de la LO 9/2000).

Las medidas del art. 7: Dificultades interpretativas. A) no parece demasiado nítida la diferencia entre los regímenes de internamiento semiabierto y abierto, ya que en ambos casos se realizan actividades fuera del centro. ... Los centros de régimen abierto habitualmente carecerán de unos servicios educativos propios, estando sujeto únicamente el menor “al programa y régimen interno del

mismo”. Por el contrario, el centro semiabierto, en el cual –aunque no lo afirme expresamente la Ley– los menores estarán también sometidos al programa y régimen interno del centro, deberá estar dotado de los equipos y servicios precisos para ofrecer al menor la posibilidad de satisfacer sus necesidades formativas, educativas, laborales y de ocio dentro del centro, sin perjuicio, no obstante, de que algunas de ellas se puedan realizar también fuera del mismo. B) Las medidas de internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio son las únicas que se pueden imponer en caso de que se aprecie alguna de las circunstancias eximentes de los números 1º, 2º, ó 3º del art. 20 CP. Ello no obstante, también se podrá imponer alguna de estas medidas en los supuestos en que dichas circunstancias se valoren como eximentes incompletas del art. 21.⁴ CP o atenuantes analógicas, razón que justifica el hecho de que la Ley hable de la posibilidad de aplicar también cualquiera de estas dos medidas como complemento de otra de naturaleza no terapéutica (en opinión de García Pérez, la Ley no se ocupa expresamente del tratamiento a dar a las eximentes incompletas porque “las medidas de la Ley están pensadas para semiimputables”²¹). Por el principio acusatorio, si se solicita una medida de tratamiento ambulatorio no podrá imponerse la de internamiento terapéutico. Ya se trate del internamiento terapéutico o del tratamiento ambulatorio, la Ley contempla dos posibles actuaciones claramente diferenciadas. Por un lado, el tratamiento de anomalías o alteraciones psíquicas, y, por otro, el tratamiento de las adicciones a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas. En el primero de los casos, la propia patología cognitiva y volitiva obliga a prescindir de la opinión del menor –que es incapaz de prestar un verdadero consentimiento– para poder imponerle una medida de naturaleza terapéutica. Distinto es el caso, sin embargo, del tratamiento de deshabitación a las adicciones anteriormente mencionadas, que requieren para resultar eficaces el concurso voluntario del menor en el programa de deshabitación. En ese caso, habrá que aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias. C) Cuando se imponga la medida de libertad vigilada ha de procurarse, para salvaguardar el principio de legalidad, que su contenido quede definido con los contornos más precisos posibles al dictarse la sentencia, de modo que ésta contemple expresamente a cuáles de las reglas de conductas previstas en el art. 7 h) habrá de someterse el menor. Ello no excluye, sin embargo, que una condena genérica a un determinado tiempo de libertad vigilada permita determinar posteriormente, en ejecución de sentencia, la observancia de determinadas reglas de conducta no prevista inicialmente en la sentencia (es como la regulación contenida en el art. 105 CP, que permite imponer reglas de conducta similares “razonadamente, desde un principio o durante la ejecución de la sentencia”). Es imprescindible para el correcto y eficaz desarrollo de una medida de libertad vigilada, una cierta agilidad y flexibilidad que permita al Juez acudir a la imposición y levantamiento de estas reglas de conducta, de acuerdo con la respuesta que el menor vaya dando en cada momento a las pautas del programa que progresivamente ha de ir cumpliendo. D) La medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo parece carente de cualquier contenido retributivo o sancionador, y por esta razón se revela como muy apropiada –sobre todo en su modalidad de convivencia con una familia– para satisfacer posibles carencias familiares o afectivas del menor, pareciendo a simple vista más una medida de protección que de naturaleza sancionadora. Precisamente por ello, puede resultar aconsejable, en aquellos

²¹ Ob. cit., marg. 683.

casos en que se imponga esta medida y una vez cumplido el tiempo de duración de la misma, instar de la entidad competente que acuerde la prosecución de la convivencia familiar como medida de protección, transformando la situación en un supuesto de acogimiento familiar, previsto en el art. 173 CC.

Conforme al art. 14, la conclusión del periodo de internamiento puede anticiparse, adelantando de esta forma también el comienzo del periodo de libertad vigilada, pero en ningún caso puede prolongarse el periodo de internamiento inicialmente previsto. Excepcionalmente, cuando el menor quebrante la libertad vigilada podrá acudir al expediente del art. 50 para que vuelva a cumplir la medida de internamiento en régimen semiabierto (o necesariamente abierto, si éste era el contemplado en la sentencia).

Respecto del artículo 8 hay que tener presente que, dado que la ley menciona la pena “que se le hubiere impuesto por el mismo hecho”, la comparación ha de hacerse con la pena que en concreto se le hubiera podido imponer conforme al Código Penal, es decir, tomando en consideración en su caso la concurrencia de circunstancias atenuantes, y el grado de ejecución o de participación en el delito.

Salvo los casos excepcionales del art. 9.5º, las medidas no pueden imponerse para su cumplimiento sucesivo, sino conjunto.

En cuanto a las modificaciones incorporadas por la *Ley Orgánica 7/2000*, se reforman los artículos 7 y 9; asimismo se incorporan dos Disposiciones Adicionales (Cuarta y Quinta). Como afirma Giménez-Salinas “no es que la Ley fracasara, no es que pudiera decirse que no respondía a las expectativas creadas, simplemente ni siquiera había entrado en vigor ... sin poder asegurar que la reforma era necesaria”²² y todo ello frente a la opinión contraria a la mayoría de los profesionales que trabajan en este ámbito.

En el artículo 7 se añade una nueva letra n) al apartado 1, introduciendo la medida de inhabilitación absoluta. Sobre esta pena se ha criticado su falta de pretensión educativa, su gravedad y la consecuente falta de tradición de tal sanción en la jurisdicción de menores (vid. Giménez-Salinas)²³. Por lo que se refiere al artículo 9, se modifica la redacción de su regla 5ª, de modo que los casos de reincidencia se considerarán *siempre* de extrema gravedad, impidiendo de esta forma una interpretación más flexible de la citada regla. Contra esta modificación se posicionan, entre otros, Tamarit Sumalla²⁴ y Giménez-Salinas²⁵. Esta última propone interpretar la reincidencia conforme al concepto que ofrece el art. 4.2.2º LORPM, con lo que afectaría tan sólo a mayores de 18 años, o como la misma autora reconoce, se privaría de toda relevancia a la reincidencia en orden a la aplicación

²² Giménez Salinas i Colomer, E.; “Características principales de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *Poder Judicial*, 3ª época, núm. 60, 2000 (IV), pp. 137-157, pp. 139 y s.

²³ El mismo, ob. cit., p. 151 y s.

²⁴ Tamarit Sumalla, ob. cit., pp. 86 y s: “La presunción legal contenida en el art 9, regla 5ª, de que la reincidencia concede de modo automático al hecho una *extrema gravedad* no puede atribuirse más que a una incomprensible pérdida del sentido de la realidad por parte del legislador”: y nota 66: “La reforma legal, con la adición del término siempre, no deja lugar a dudas respecto al carácter iuris et de iure de la presunción”.

²⁵ Giménez-Salinas, ob. cit., p. 154.

obligatoria de la medida de internamiento. García Pérez criticaba el tratamiento dado a la reincidencia ya con anterioridad a la Ley 7/2000, planteando incluso su posible inconstitucionalidad, por infracción del art. 17.1 CE interpretado conforme a la Convención de los Derechos del Niño de 1989, “puesto que desde la perspectiva preventivo-especial de la que parte la propia Ley nunca se puede determinar a priori la sanción más adecuada, ya que esto depende de las circunstancias concretas del caso y de la personalidad del menor”²⁶.

Los puntos más polémicos de esta Ley se encuentran en la incorporación de la *Disposición adicional cuarta*, que introduce un régimen excepcional respecto de la comisión de los delitos previstos en los arts. 138, 139, 179, 180, 571 a 580 y aquellos otros sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a 15 años. En primer lugar se declara que lo dispuesto en el art. 4 no será de aplicación a los jóvenes de edad comprendida *entre 18 y 21 años* imputados en la comisión de los delitos a que se refiere esta disposición adicional. La afirmación es innecesaria, dado que, al tratarse de delitos graves, tal inaplicación viene ya determinada por el incumplimiento de los requisitos establecidos en el precepto mencionado. Respecto del tramo de edad de mayor responsabilidad, es decir, los menores de edades comprendidas *entre 16 y 18 años*, el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de 1 a 8 años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de 5 años con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de la regla 5ª del art. 9 LO 5/2000, pero en estos casos sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los arts. 14, 40 y 51 de esta LO, cuando haya transcurrido al menos, la *mitad* (frente al plazo del primer año de cumplimiento establecido en la mencionada regla 5ª) de la duración de la medida de internamiento impuesta. El evidente endurecimiento de la responsabilidad de los menores para este supuesto, que según la doctrina hace peligrar considerablemente la voluntad educativa de la LO 5/2000, se debe en gran medida a la alarma social desatada como consecuencia de los lamentables asesinatos protagonizados por menores durante el periodo de *vacatio* de la Ley²⁷, especialmente los conocidos como “Caso de las niñas de San Fernando” y “Caso de la katana” por una parte, y de otro lado al aumento de los delitos de terrorismo protagonizados por menores, fundamentalmente los altercados de orden público conocidos como la “kale Borroka”. El recrudecimiento de las medidas de internamiento en régimen cerrado afecta también a los *sujetos de 14 y 15 años*, para los que se prevé una medida de internamiento en régimen cerrado de 1 a 4 años complementada en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de 3 años, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 5.2º.

²⁶ García Pérez, ob. cit., marg. 693.

²⁷ Estos casos han ocupado numerosos editoriales y titulares en los periódicos, así como sondeos de opinión realizados por los medios de comunicación. Al respecto, Gimbernat ha publicado tres artículos de opinión en el diario *El Mundo*: “Una Ley progresista”, 4 de junio de 2000; “Cuestión de proporcionalidad”, 10 de septiembre de 2000, y “Una condena razonable”, 25 de marzo de 2001. Este autor se manifiesta contrario al aumento de la duración de las medidas de internamiento salvo en el caso de inimputables que requieran de tratamiento psiquiátrico, para los que postula una duración indeterminada de la medida de seguridad.

Terrorismo y menores. Se recogen en la LO 7/2000 dos previsiones específicas. En primer lugar, una superación de los límites normales de internamiento en los casos de concurso de delitos: “la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de 10 años para los mayores de 16 y 5 para los menores esa edad, cuando fueren responsables de más de un delito alguno de los cuales esté calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a 15 años de los delitos de terrorismo contemplados entre los arts. 571 a 580 CP”. En segundo lugar, se contempla la medida adicional de inhabilitación absoluta “por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y las circunstancias que concurran en el menor”, para los delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 580 del CP. Es decir, se trata de una reacción penal similar a la del Código Penal de adultos en materia de terrorismo.

Una elevación tal de las penas para todos estos delitos contradice de modo flagrante la finalidad educativa declarada en la EM de la LO 5/2000, especialmente en lo que se refiere a la interpretación flexible del principio de proporcionalidad para los delitos cometidos por menores. Por último, en la Disposición Adicional Quinta se incluye una cláusula por la que se prevé la elaboración de un informe en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor de la Ley 5/2000, respecto de la aplicación de la Disposición Adicional Cuarta²⁸.

1.5. V. Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo. Asimismo modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial.

Publicada con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 5/2000, la presente Ley incorpora, como ya se ha visto, modificaciones a la anterior en materia de responsabilidad penal de los menores respecto de los delitos de terrorismo. Asimismo reforma el Código Penal en materia de terrorismo, daños, incendio e inhabilitación (artículos 40, 266, 346, 351, 504, 505, 551, 577, 578 y 579): a estas modificaciones se dedica el presente apartado.

El artículo 40, que establece los plazos mínimos y máximos de duración de las penas privativas de derechos, declara respecto de la pena de inhabilitación, que ésta tendrá una duración de seis a

²⁸ Otros estudios aparecidos respecto de esta materia: AAVV: “Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores”, *Grupo de Estudios de Política Criminal*, 2000; Izaguirre Guerricagoitia, J.M.: “La aplicación al menor de edad de la legislación antiterrorista a la luz de la Ley de responsabilidad penal del menor”, en *LL* (diario), núm. 5240, 3 de febrero de 2001, pp. 1-5; Landrove Díaz, G.: “Medidas aplicables a los menores infractores”, en *Derecho penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*, 2001, pp. 67-88; Matallín Evangelio, A.: “La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 22, 2000, pp. 55-102; Ornos Fernández, M.R.: *Derecho penal de menores: comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores*, 2001; Urbano Castrillo, E.: “La delincuencia grave de menores”, en *LL* (diario), núm. 5165, 19 de octubre de 2000, pp. 1-4.

veinte años, con la salvedad, introducida por la LO 7/2000, de “lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código”.

El artículo 266, relativo al delito de daños, sufre una transformación esencial, pues de ser un precepto agravatorio por razones de incendio o estragos o peligro para la vida o integridad física de las personas de los daños ocasionados a los recursos de la Defensa o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y que originaba problemas de concurso de leyes con el delito del art. 351 (incendio con peligro para la vida o integridad física, que se castigaba con mayor pena –de 10 a 20 años- que los contemplados en el art. 266 –de 4 a 8 años-, y que por ello fue objeto de críticas doctrinales), pasa a convertirse en un precepto agravador de los delitos de daños contemplados en los artículos 263 (art. 266.1), 264 (art. 266.2) y 265 (art. 266.3), así como de los daños contra el patrimonio histórico recogidos en el art. 323 (art. 266.3), y de los daños que constituyen un delito contra el orden público del art. 560 (art. 266.3). En su apartado 4 contempla también la imposición de la pena en su mitad superior en determinados casos y, por último, este mismo apartado del art. 266 CP viene a excepcionar el principio de especialidad en relación con el concurso de leyes que se establece con el art. 351, al declarar a éste último de preferente aplicación.

Al artículo 346 se le añade un inciso, al final de su párrafo primero, que remite al art. 266 CP los supuestos de estragos contemplados en el art. 346 en los que no concurriere peligro para la vida o integridad física de las personas. La remisión al art. 266 ha de entenderse hecha tan sólo a sus tres primeros apartados, puesto que en el apartado 4 se establece que “En cualquiera de los supuestos previstos en los apartados anteriores, cuando se cometieren los daños concurriendo la provocación de explosiones o la utilización de otros medios de similar potencia destructiva y, además, se pusiera en peligro la vida o integridad de las personas, se impondrá la pena en su mitad superior”. Si en el art. 346 se contemplan y castigan con la pena de prisión de 10 a 20 años los estragos en los que concurre peligro para la vida o la integridad física de las personas, la remisión al art. 266.4 sería un despropósito legislativo, incoherente con la pretensión de clarificar los problemas de concurso de leyes que parecen querer solucionar las remisiones a tal precepto de los arts. 346 y 351 CP.

En materia de incendios, al artículo 351 CP se le añade un segundo párrafo conforme al cual, en caso de incendio en el que no concurre peligro para la vida o integridad física de las personas, será de aplicación el art. 266 CP. Esta remisión no plantea problemas interpretativos de ninguna clase, dado que el art. 266.4, en el que se contempla la agravación de la pena en caso de concurrir, además de los daños, el peligro para las personas referido, establece en su último inciso una remisión al artículo 351 cuando los daños o el peligro para las personas derivara de incendio. En el Código Penal de 1995 el delito de incendio se desvincula de los daños patrimoniales que pudiera ocasionar, centrándose el desvalor del injusto en el peligro para la vida o la integridad física de las personas. En general, doctrina y jurisprudencia consideran que cuando el *peligro* para la vida o integridad de las personas ha sido *concreto*, debe aplicarse el marco penal de diez a veinte años de privación de libertad; de estar ante un supuesto de *peligro abstracto*, puede acudir a la reducción de la pena en un grado, y tras esta reforma, podrá entenderse que *cundo no hubo peligro*, sino tan sólo daños materiales, serán de aplicación los tres primeros apartados del artículo 266 CP.

En la Exposición de Motivos se conecta la reforma de estos tres últimos preceptos con la modificación operada en el artículo 577 CP, que contempla los supuestos que se han dado en llamar “terrorismo urbano”, considerando que, en consonancia con éste último, se debían agravar los delitos de daños causados por incendio, explosión o con riesgo para las personas, “cubriendo determinadas lagunas técnicas apreciadas en la redacción actual”.

Según se afirma también en la EM, la modificación del artículo 504 CP trae su causa de la reforma del artículo 505 CP: “Como consecuencia de la inclusión del nuevo artículo 505, se modifica también el artículo 504, que ahora refunde, en párrafos separados, los anteriores artículos 504 y 505, sobre injurias y amenazas graves a diversas instituciones”. La reforma operada en este precepto carece, por tanto, de relevancia sustantiva. Sí que la tiene, en cambio, la que se refiere al artículo 505, cuyo contenido es de nueva creación, y que castiga con la pena de prisión de seis meses a un año a quien, sin ser miembro de una Corporación local, perturbe gravemente sus plenos impidiendo la adopción de acuerdos o el desarrollo del orden del día, o bien cause desórdenes con la finalidad de manifestar apoyo a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Según la EM, la presente norma comparte con las modificaciones de los artículos 551.2 y 579.2 la finalidad de “otorgar mayor protección jurídica a los miembros de las Corporaciones locales, legítimamente elegidos, y a los Plenos que celebran para el ejercicio de las funciones de la Corporación”. De esta misma finalidad deriva la modificación del apartado 2 del artículo 551, al incluir a los miembros de las Corporaciones locales como sujetos pasivos del tipo agravado de atentado respecto de los artículos 550 y 551.1 CP.

Se pretenden reforzar las armas penales para luchar contra el llamado “terrorismo urbano” ampliando los supuestos incluidos en el artículo 577, que ya antes de su modificación imponía la aplicación de la pena en su mitad superior en determinados delitos de lesión de bienes jurídicos personalísimos, de puesta en peligro de la vida o integridad física de las personas, o de tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, delitos todos ellos realizados con la finalidad de “subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública”, cuando tales hechos son realizados por sujetos que no pertenecen a bandas armadas o grupos terroristas. Según la Exposición de Motivos, la experiencia ha demostrado que este precepto es insuficiente para combatir los casos de “terrorismo urbano”, en primer lugar, porque no permite castigar así los daños sin peligro para las personas, y en segundo lugar, porque deja fuera determinadas conductas relacionadas con la tenencia de armas, como la fabricación y el establecimiento de depósitos con esos fines, así como el hecho de portar “los componentes necesarios para provocar la explosión” (EM. II).

La reforma del artículo 577 supone una ampliación del elemento subjetivo del injusto, al incluir la finalidad de “contribuir” a los fines de subvertir el orden constitucional o de alteración del orden público, “atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional”. En segundo lugar, ya no queda limitada su actuación a la comisión de homicidios, lesiones, detenciones ilegales, secuestros, amenazas, coacciones, incendios, estragos y tenencia –etc– de armas o municiones, sino que con la LO 7/2000 se castiga también con la mitad superior la comisión con los fines referidos de los delitos de daños de los artículos 263 a 266, 323 y 560, y además, la tenencia, fabricación, depósito, transporte o suministro de armas, municiones, o

sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes. Sorprendentemente, la reforma del precepto no contempla la misma agravación de la pena para los supuestos de tenencia de armas químicas contemplados en los artículos 566 y 567 CP, modificados por la LO 2/2000 precisamente para incluir este tipo de armamento.

De gran calado son los cambios operados en el artículo 578 CP. El contenido inicial de este precepto, que era el de castigar los actos de participación intentada respecto de los delitos de terrorismo recogidos en la Sección 2ª del Título XII, en el que se integra, pasa a encabezar el artículo 579 CP. En lugar de aquella previsión, el actual precepto castiga la figura que se ha dado en llamar “apología del terrorismo”, o de manera eufemística, “exaltación del terrorismo”. Probablemente sea ésta la modificación más discutible operada por la LO 7/2000 en materia de terrorismo (junto con la exasperación de pena cuando el autor del delito es un menor de edad), por lo que merece un análisis más detenido.

La Exposición de Motivos se ocupa del precepto en estos términos: “La introducción de un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo en el nuevo artículo 578 del Código Penal se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos o de sus familiares.

Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas.

No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal”.

El principal problema del precepto es que regula de modo conjunto actos que son propiamente de apología del terrorismo y otros que en primera línea atentan contra el honor de sus víctimas y contra la dignidad y sentimiento de seguridad de los familiares de éstas, y sólo de manera mediata contra el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo. En el artículo 578 CP se contemplan, a mi juicio, dos tipos penales: a) apología del terrorismo; b) atentados contra el honor de las víctimas del terrorismo y sus familiares, y contra la integridad moral de familiares de las víctimas.

a) *Apología del terrorismo*. Desde que la apología del terrorismo desapareciera del Código Penal, quedando reducido su castigo a mera forma de provocación del delito, conforme al art. 18, ha sido constante la alarma social, canalizada a través de los medios de comunicación, ante la ausencia de sanción penal para determinadas actividades como homenajes públicos a miembros de ETA o declaraciones de apoyo a la banda terrorista realizadas no sólo por ciudadanos de a pie, sino incluso por personas que ostentan cargos públicos de representación en instituciones democráticas. Pese a la oposición generalizada en la doctrina frente a la reintroducción de la apología del terrorismo en el Código (así por ejemplo Gimbernat), debe reconocerse que otros autores, como Manzanares Samaniego, apoyan contundentemente esta decisión legislativa: “Después de treinta años de pesadilla, cuando vuelven los homenajes públicos a los asesinos y se adueñan de la calle los vociferantes

partidarios de la banda, seguíamos preguntándonos si todo ese aquelarre había de quedar impune por imprevisión de los legisladores”²⁹. Para justificar el recurso a la apología del terrorismo suele emplearse el agravio comparativo con los delitos contra la Comunidad Internacional, concretamente el tipo penal del art. 607.2, que castiga con la pena de prisión de uno a dos años la difusión de doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio cometidos por algún régimen, o pretendan su rehabilitación. En este sentido, afirma Manzanares Samaniego: “Irá a la cárcel quien en esta piel de toro discuta o ensalce los crímenes del nacionalsocialismo alemán, pero no quien glorifique las azañas de los etarras”³⁰, aunque, consciente de los problemas que supone su implementación respecto del art. 18 CP, que define el concepto de apología, propone la supresión de su segundo párrafo. Sin embargo, el citado autor olvida que el precepto en que se basa ha sido mayoritariamente criticado por la doctrina por considerarlo inconstitucional, ya que supone la mera difusión de ideologías; por ese motivo, se ha considerado que la única manera de compatibilizar la conducta típica del art. 607.2 CP es, precisamente, su interpretación conforme a la definición de apología recogida en el segundo párrafo del art. 18 CP. Gimbernat critica abiertamente la reintroducción de la apología del terrorismo, no sólo basándose en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, sino que también se apoya en un argumento de política criminal, al considerar que la muy fundamentada resistencia que hasta ahora han mostrado ambos Tribunales a la hora de castigar la apología no parece que vaya a desaparecer, por lo que se corre el riesgo de “generar... en vez de un efecto disuasorio, un bumerán de euforia, como la que se suele producir, entre los acusados y sus simpatizantes, cuando aquéllos son absueltos”³¹.

b) Atentados contra el honor de las víctimas del terrorismo y sus familiares, y contra la integridad moral de familiares de las víctimas (humillación de las víctimas y/o sus familiares).

Ningún problema de constitucionalidad plantea la penalización de esta conducta, a la vista de la reciente estrategia proetarra de humillar a los familiares de sus víctimas, justificar los asesinatos insultando a sus víctimas, y de mostrar sarcasmo ante el dolor de los familiares de éstas. Esta auténtica “guerra psicológica” dirigida a desmoralizar a quienes se oponen a la violencia etarra ataca en primera línea bienes jurídicos personalísimos como el honor y la integridad moral, protegidos ya por figuras típicas como los delitos de injurias, calumnias y atentados a la integridad moral. Por eso sorprende que estas conductas hayan sido tipificadas autónomamente, dado que pudieron haber sido incluidas en el artículo 577 CP, que castiga a los que, sin pertenecer a banda armada, realicen determinadas conductas de contribución a los fines de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, “*atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional*”, entre las que figuran los delitos contra la vida, lesiones, estragos, etc., y

²⁹ Manzanares Samaniego, J.L.: “Reformas penales en materia de terrorismo”, en *AP*, XLVIII-2000, marg. 1009-1018, marg. 1015. En sentido similar, aunque más matizado, García-Calvo y Montiel, R.; “Terrorismo y tipificación penal”, en *AP*, XLIX-2000, marg. 1019-1025, marg. 1021. Debe advertirse que los estudios citados lo son del proyecto de reforma. Vid. también sobre este tema, Lamarca Pérez, C.; “Análisis del proyecto de reforma en materia de terrorismo”, en *Derecho penal y Sociedad y Nuevas Tecnologías*, Colex, 2001, pp. 101-108.

³⁰ El mismo, marg.1.015.

³¹ Gimbernat, E.; ¿Terrorismo sin terroristas?, en *El Mundo*, 14 de septiembre de 2000.

cuya virtualidad punitiva consiste en imponer la pena de tales delitos en su mitad superior. De haber introducido, por ejemplo, el art. 173 CP (atentados contra la integridad moral) en el art. 577 CP, podría castigarse incluso con mayor pena, dado que la establecida en el citado art. 173 es de 6 meses a dos años, por lo que en su mitad superior sería de 15 meses a dos años; de manera que el límite mínimo a imponer sería superior al establecido en el art. 578 CP; e incluso podría aplicarse una pena mayor en los casos en que las conductas fueran realizadas por funcionario público, por la vía del artículo 175 CP. Debe tenerse en cuenta, además, que las penas accesorias contempladas en el art. 57 CP, y a las que expresamente se refiere el art. 578, podrían ser igualmente aplicadas si el tipo que viniera en consideración fuera el de atentados contra la integridad moral.

De todas formas, el artículo 578 aporta dos ventajas que no deben menospreciarse: en primer lugar, permite castigar los atentados al honor de cualquier víctima (en los delitos contra el honor no se contemplan los atentados al honor de los difuntos, algo que critica Gimbernat³²), y en segundo lugar, despeja cualquier duda interpretativa que pudiera plantearse respecto de la aplicación de los delitos contra el honor o la integridad moral.

La reforma antiterrorista se completa con una importante modificación del artículo 579 CP. El antiguo contenido del artículo 578 pasa a ocupar el primer apartado de este precepto, al que se añade el apartado 2, mientras que lo dispuesto antes de la LO 7/2000 en el art. 579 pasa al apartado 3. La reforma consiste sustancialmente por tanto, en la pena de inhabilitación establecida en el apartado 2: inhabilitación absoluta *por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia*, “atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente”. No se trata, por tanto, de una pena accesoria, sino complementaria a la de prisión, y que seguirá ejecutándose con posterioridad al cumplimiento de ésta. Es decir, que si un sujeto comete un delito de terrorismo del artículo 572.1 (p.e., un homicidio) y se le impone en la sentencia una pena de prisión de veinte años (de veinte a treinta años, establece el precepto), la pena de inhabilitación absoluta imponible tendrá una duración mínima de veintiséis años y máxima de cuarenta. Esta previsión legislativa ha dado lugar a la modificación del artículo 40 CP, que establecía la duración de la pena de inhabilitación absoluta por un periodo de entre seis y veinte años, y al que ahora se ha añadido la frase “salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código”. Este incremento de la pena se justifica, en palabras de Gimbernat³³, en que “quien ha pretendido alcanzar sus fines ideológicos mediante la violencia carece de legitimación, al menos durante un cierto tiempo, para, escandalosamente y amparándose en el sistema democrático, integrarse, como parlamentario o concejal, en asambleas formadas por políticos que defienden y han defendido sus ideas con la fuerza de la razón y no con la razón de la fuerza”.

En opinión de Manzanares Samaniego, el legislador ha olvidado absurdamente ampliar el ámbito de aplicación de esta pena a los supuestos del artículo 516 CP que castiga a los promotores, directores y meros integrantes de la banda armada, organización o grupo terrorista: “la ... inhabilita-

³² Gimbernat, ¿Terrorismo sin terroristas?, ob. cit.

³³ El mismo, ob. cit.

ción recaerá sobre quien se manifieste tras el retrato de un etarra, pero no sobre quien sea condenado como jefe de la banda”³⁴. Esta reflexión, que conduce de nuevo a la denostada (por inconstitucional, dado que contradice el derecho fundamental a la libertad de expresión) apología del terrorismo, nos pone quizás en el camino hacia un mejor tratamiento penal de las actuaciones de apoyo a la organización terrorista realizadas por la Mesa de HB, y cuya condena por delito de colaboración con banda armada fue declarada inconstitucional por el TC amparándose en el principio de proporcionalidad, por considerar que la pena impuesta era desproporcionada, si bien aceptando que los hechos eran constitutivos del mencionado delito (STC 136/1999). Que el legislador ha pretendido obviar estas objeciones con la creación del delito de “exaltación del terrorismo” es una posibilidad que planea sobre esta figura delictiva; probablemente habría sido más respetuoso con los principios constitucionales y democráticos o, al menos con la doctrina del TC, revisar a la baja el marco penal del artículo 576.1 CP, previendo la posibilidad de imponer “solamente” una pena de inhabilitación absoluta a los actos de complicidad moral (manifestaciones públicas de apoyo a los fines de la organización terrorista, como declararles “patriotas vascos” en un acto de homenaje a los “caídos por la patria”, y no meras actitudes de clara simpatía, como llevar prendida al pecho la foto de un miembro de la misma) con la pena de inhabilitación, porque quizás sí fuera una reacción penal proporcionada impedir a quien apoya de un modo claro e indubitado los fines terroristas de subvertir el orden constitucional, que se beneficie impunemente de las instituciones de representación democrática apoyadas, precisamente, en la Constitución de 1978.

³⁴ Manzanares Samaniego, ob. cit., marg. 1.015.

